

# LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

## THE CONVENTION OF GENEVA ON THE STATUTE OF THE REFUGEES

*Fernando M. Mariño Menéndez\**

**RESUMEN:** *El trabajo presenta los rasgos esenciales de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, considerando aspectos conceptuales y principios protectores. Asimismo estudia el estatuto del refugiado en relación con otros sectores normativos del derecho internacional.*

**PALABRAS – CLAVE:** *Estatuto del refugiado – principios protectores - derecho internacional.*

**ABSTRACT:** *The work presents the essential characteristics of the Convention of Geneva of 1951 on the Statute of the Refugees, considering conceptual aspects and protective principles. It also studies the statute of the refugee in relation to other normative sectors of the international law*

**WORDS - KEY:** *Statute of the refugee - protective principles - international law.*

En este trabajo se pretende presentar de modo somero los rasgos esenciales de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el estatuto de los refugiados, sin posibilidad de analizar en profundidad todos y cada uno de los complejos aspectos de esta verdadera *Lex Specialis*, protectora de los derechos humanos de tal colectivo vulnerable.

### 1. El instrumento convencional

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 22 de abril de 1954. Son Parte en ella 143 Estados, entre ellos España, la cual depositó su instrumento de adhesión el 14 de agosto de 1978 (BOE de 21 de octubre de 1978). La Convención de Ginebra constituye el instrumento jurídico en el que se concreta una práctica internacional anterior de protección de refugiados, la cual tuvo sus principales manifestaciones en la importante Convención de 28 de octubre de 1933, relativa al Estatuto Internacional de los refugiados y, así mismo, a pesar de su diferente naturaleza jurídica, en el Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) de 1950<sup>1</sup>. Su Protocolo adicional «sobre el Estatuto de los refugiados» fue adoptado el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre de 1967, y para España también el 14 de agosto de 1978.

Este Protocolo deroga las limitaciones de la Convención, bien temporales (que le otorgan una vigencia limitada a eventos acontecidos antes de 1 de enero de 1951), bien geográficas (que reducen su ámbito a acontecimientos producidos en Europa únicamente)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> El Convenio de 1933 (159 *LNTS* 3663) entró en vigor el 13 de junio de 1935. Por otra parte, la repatriación de los refugiados europeos tras la Segunda Guerra Mundial fue tarea esencial de la Organización Internacional de refugiados, entre 1947 y 1950. El Estatuto del ACNUR fue adoptado por la resolución 428 (V) de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) de 14 de diciembre de 1950.

<sup>2</sup> Cuatro Estados Partes en la Convención no lo son en el Protocolo: Madagascar, Mónaco, Namibia y San Kitts y Nevis, y mantienen la indicada limitación temporal. Es el artículo 1.B) de la Convención el que

Esta Convención y su Protocolo se han convertido en los instrumentos convencionales en vigor más universales de entre los relativos a la protección de los refugiados: reemplazan entre las Partes a otras convenciones internacionales anteriores aplicables en esta materia y coexisten con y son complementados por otros instrumentos, destacando los de ámbito regional<sup>3</sup> y los bilaterales celebrados en ocasiones entre el país de llegada y el país de origen de los refugiados. La Convención y el Protocolo pueden ser denunciados (respectivamente, artículo 44 y artículo 9), aunque no lo hayan sido hasta la fecha por ningún Estado Parte.

La Convención contiene una cláusula de aplicación territorial (art. 40) y otra «cláusula federal» (artículo 41), y admite reservas (artículo 42), aunque excluye de la posibilidad de éstas a determinados artículos del instrumento: 1, 3, 4, 16(1), 33 y 36 a 46 inclusive. De ese modo únicamente no pueden ser excluidos o modificados por reserva los derechos del refugiado a no ser discriminado, a la libertad de religión, al acceso a un tribunal y a no ser devuelto (*non refoulement*)<sup>4</sup>. En la práctica, por medio de reservas o declaraciones interpretativas, diferentes Estados Partes han alterado para sí el régimen general de la Convención, particularmente en lo relativo al derecho del refugiado a la igualdad de trato en relación con los extranjeros mejor tratados en cuanto al empleo remunerado. También en lo relativo al goce de los derechos de acceso a la educación pública (art. 22), al trato nacional en materia de legislación de trabajo y seguros sociales (art. 24) y a la libertad de circulación (art. 26).

Como se ha señalado, no puede ser objeto de reserva la cláusula de solución de controversias del artículo 38 de la Convención, que establece la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, por demanda unilateral de un Estado Parte, para la solución de toda controversia relativa a su aplicación o interpretación. Ahora bien, de hecho, ninguna de tales controversias ha sido sometida a la decisión de la Corte.

Por su parte, el Protocolo, que constituye un instrumento convencional distinto y separado de la Convención, incorpora a su régimen los artículos 2 a 34, inclusive, de esta última y admite reservas a los artículos de ella a los que se refiere su propio artículo 42, aunque con la excepción de los artículos 36 a 46. Además su artículo 7.1 (a diferencia del régimen de la Convención) permite la reserva del artículo 4 del propio Protocolo, que establece la solución obligatoria entre las Partes por medio del recurso

---

permite limitar su propia protección solamente a los refugiados europeos: Madagascar y Mónaco se han valido de esa posibilidad. Por su parte, Congo, Malta y Turquía han mantenido, al ratificar el Protocolo, la limitación geográfica que habían establecido al ratificar la Convención.

<sup>3</sup> En especial la Convención de la OUA (10 de septiembre de 1969) por la que se regulan los aspectos específicos de los refugiados en África (10011 UNTS 14691), en vigor desde el 20 de junio de 1974; la *Declaración de Cartagena de Indias* sobre refugiados de 22 de noviembre de 1984, Doc. OEA/Ser/L/II. 6, Doc. 10, Rev 1, y un conjunto de instrumentos regionales europeos adoptados por el Consejo de Europa y por la Comunidad/Unión Europea: entre estos últimos, destacadamente, la Posición Común de 4 de marzo de 1986, relativa a la aplicación armonizada del definición del término 'refugiado'. También diferentes Reglamentos y directivas aprobados en el marco de la política común sobre inmigración y asilo, desarrollada progresivamente desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999) y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (16 de octubre de 1999). El último instrumento en vigor de relevancia para esta materia dentro del Derecho Comunitario es quizá la Directiva 2004/83 (CE), de 29 de abril de 2004, sobre «estándares mínimos para la calificación y el estatus de nacionales de terceros países o personas apátridas como refugiados o como personas que de otro modo necesitan protección internacional y sobre el contenido de la protección». El artículo 5 de la Convención de Ginebra establece que ninguna disposición de ésta podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esa Convención, otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados.

<sup>4</sup> Cfr. web: <[unhcr.ch/html/menu3/b/treaty2ref.htm](http://unhcr.ch/html/menu3/b/treaty2ref.htm)> (consultada el 30 de noviembre de 2007). El Gobierno de España interpuso declaraciones interpretativas o reservas, según los casos, a los artículos 8, 12 (1 y 2) y 26.

unilateral al Tribunal Internacional de Justicia de las controversias relativas a la interpretación y aplicación del instrumento.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), tienen como función asignada por la Convención la de «vigilar» la aplicación de las disposiciones de la Convención (artículo 35.1). Esa función de vigilancia, sin embargo, no se ejerce por medio de un procedimiento de control, formalizado por el propio instrumento, al contrario de lo que ocurre con los nueve grandes convenios protectores de derechos humanos adoptados en el marco del sistema universal de Naciones Unidas. Ahora bien, los Estados Partes en la Convención se comprometen a cooperar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones y en especial, según el artículo 35.2, le ayudarán en su tarea de vigilancia y, en particular, le suministrarán información y datos estadísticos relevantes acerca de la condición de los refugiados, la ejecución de la Convención y las normas internas en vigor concernientes a los refugiados.

Aparte de lo dispuesto por el propio instrumento, el régimen internacional de su interpretación y aplicación es ciertamente el establecido con carácter general por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (artículos 31 a 33), que constituye una prueba del Derecho Internacional general en la materia. La Convención de 1961 pertenece al círculo de los tratados internacionales cuyo objeto y fin es la protección de los derechos humanos, en su caso los derechos de una categoría de personas en situación de especial vulnerabilidad: los denominados «refugiados». Ateniéndose, pues, a su texto, sus disposiciones deberían ser interpretadas en caso de duda del modo menos restrictivo posible para la protección efectiva de los *refugiados* y de sus derechos.

Dicho lo anterior, el ACNUR, por impulso o por aprobación directa del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, ha adoptado de una parte el *Manual sobre procedimientos y criterios para la determinación del estatuto del refugiado*<sup>5</sup> (que ha recibido amplia consideración en la práctica estatal), y de otra parte una serie de «Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados» (Excom.), que contienen estándares no jurídicamente vinculantes pero sí de notable autoridad política, puesto que se basan en un consenso logrado en el indicado Comité. No cabe duda de que en la práctica el ACNUR solicita de los Estados Partes explicaciones sobre el cumplimiento o no de tales estándares, aun sin poder exigir su cumplimiento. Otras «directrices» recomendadas por el ACNUR, pero no adoptadas formalmente por el señalado Comité, carecen de la relevancia de las conclusiones<sup>6</sup>.

## 2. La noción de refugiado

El artículo 1.A(2) de la Convención (puesto en relación con el Protocolo adicional) establece que «el término ‘refugiado’ se aplicará a toda persona (...) 2) Que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país ; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a causa de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

<sup>5</sup> *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, adoptado por la Oficina del ACNUR en diciembre de 2002 (HCR/IP/4/Spa./Rev.1).

<sup>6</sup> Con motivo de 50º aniversario de la adopción de la Convención de Ginebra, el ACNUR organizó una Convención de amplísima participación, con vistas a realizar interpretaciones y recomendaciones sobre las cuestiones más actuales de la protección internacional de los refugiados y analizar propuestas para su desarrollo. Véase *Global consultations on International protection*, ACNUR, noviembre de 2001.

Este concepto normativo ha sido objeto de aplicación e interpretación por los Estados Partes, a través de su legislación y de la acción de sus órganos administrativos y judiciales. Además, el ACNUR, teniendo en cuenta de modo particular tal práctica, ha adoptado a su vez autorizadas opiniones sobre el significado jurídico internacional de cada uno de los elementos que componen la definición: ‘temor’, ‘bien fundado’, ‘persecución’, ‘motivos de persecución’ y ‘protección (no querida) del propio país’.

Toda persona en la que concurran los elementos de la definición tiene un derecho (derivado de la Convención y del Derecho interno del Estado en cuestión) a que el Estado Parte, al que en primer lugar se dirija, examine su solicitud y, de buena fe, le otorgue el estatuto de refugiado.

La noción de refugiado de la Convención parte de una visión del fenómeno del refugio internacional: la propia de una época en la que (provinendo en su mayoría los «solicitantes de refugio» de Europa oriental) les era posible a los *Estados de recepción* examinar con facilidad cada caso de solicitud de refugio en sus propios términos individuales. Esa visión individualista, si bien sigue siendo pertinente y válida, ha reducido su aplicación al ámbito, privilegiado si se quiere pero particular, de una clase del conjunto mucho más amplio de las personas que «merecen» o «necesitan protección internacional», y a las que de hecho se protege por medio de otras formas de *acogida protectora* en el territorio de otros países.

De una parte, en efecto, instrumentos internacionales de alcance regional africano y americano. antes citados, han adoptado un concepto más amplio de refugiado, dando cabida bajo tal noción a personas que integran «masas» o «grupos de refugiados», a cuyos componentes se otorga en cuanto conjunto la condición de refugiados, sin perjuicio del otorgamiento adicional del «refugio», caso por caso individualmente considerado.

De otra parte, ciertas dificultades conceptuales y terminológicas, por lo demás tradicionales y, en cualquier caso, de larga data, se derivan de la tendencia a fusionar o confundir las nociones de ‘asilo’ y ‘refugio’ y las de ‘refugiado’ y ‘asilado’. La misma Convención de Ginebra tuvo que aludir en su Preámbulo al «derecho de asilo»<sup>7</sup>.

Ambas nociones se entrelazan efectivamente y son a veces muy difíciles de diferenciar, particularmente por dos razones. La primera, porque muchos Estados no las diferencian en su Derecho interno de modo claro; la segunda, porque no existe ninguna gran convención internacional sobre el derecho (humano) de las personas al asilo territorial<sup>8</sup>. Sin embargo, tal distinción jurídica es conveniente si se admite que la Convención de 1951 delimita un campo normativo propio y convierte el término ‘refugiado’ en un concepto normativo específico de Derecho Internacional, que en su contenido particular obliga a los Estados Partes a aplicarlo.

### **3. El asilo territorial como forma genérica de acogida protectora**

En la perspectiva del solicitante, propia de la persona vulnerable que exige ser «acogida» territorialmente por un Estado que no es el de su nacionalidad o residencia habitual, se trata de obtener la autorización para entrar y/o permanecer, gozando del estatuto más protector posible, en el territorio de un determinado Estado extranjero.

---

<sup>7</sup> Párrafo 4.º del Preámbulo: «Considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas, no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional».

<sup>8</sup> Cfr. *Declaración Universal de derechos humanos* (art. 14); *Convención americana de derechos humanos de 1969* (art. 22.7); *Convención africana de derechos humanos y de los pueblos de 1969* (art. 12.3); *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2007* (art. 78).

En la perspectiva del Estado afectado, se trata de determinar cuáles sean sus derechos y obligaciones internacionales en lo que respecta a la acogida protectora en su territorio de uno o más extranjeros.

Ambas perspectivas son complementarias. Ahora bien, para comprender la especificidad del régimen de la Convención de Ginebra debemos partir de dos categorías descriptivas conjugadas, que poseen el más amplio contenido protector posible. Éstas son, de una parte, la ya citada de «acogida protectora» por un Estado en su territorio de una persona extranjera (o de un grupo de personas); y, de otra parte, la de la(s) «persona(s) que merece(n) o necesita(n) la protección», consistente precisamente en alguna forma de acogida. Así, una clase de las personas que *necesitan la acogida protectora* en el territorio de un Estado extranjero está formada por los «refugiados» en el sentido del texto de Ginebra.

No es necesario detenerse en desarrollar consideraciones sobre el derecho de todo Estado soberano a otorgar *asilo territorial* a todo extranjero que lo solicite, sin otros límites que los derivados de normas de Derecho Internacional general sobre la prohibición de asilar a «criminales internacionales» y de las normas convencionales (al margen de los tratados de extradición) de Derecho Penal Internacional, que obligan a los Estados Partes a entregar a un Tribunal penal internacional o a perseguir internamente o extraditar a los presuntos responsables de los crímenes que el tratado en cuestión obliga a reprimir. Fuera de esos casos, todo Estado es soberano en el otorgamiento del asilo territorial a un extranjero: el Estado tiene el *derecho de asilo* de conformidad con el Derecho Internacional<sup>9</sup>.

Asilo, en este contexto, equivale a acogida territorial protectora y, por más que su concepto evoque siempre una protección permanente, puede concebirse como la forma más amplia de protección que abarca a todas las demás y es por ello inespecífica. En cualquier caso la terminología variable incluye formas de «protección subsidiaria» y de «protección humanitaria» de configuración variable que incluyen grados diferentes de acogida protectora más o menos duradera y más o menos extensa.

#### **4. La acogida protectora imperativa: el principio de no devolución**

Existe una norma de Derecho Internacional general que obliga a todos los Estados, frente a todos los demás (*erga omnes*) y frente a *la persona solicitante en cuestión*, a acoger en el propio territorio a uno (o más) extranjeros: se trata del principio de no devolución (*non refoulement*).

En ese sentido, toda persona extranjera «perseguida» en su país de origen (u otro, en su caso) tiene el derecho humano a solicitar su acogida protectora en otro país y a no ser devuelto al país de persecución. El Estado ante el que se presente la solicitud está internacionalmente obligado a examinarla y a determinar de buena fe si el peligro de sufrir la «persecución» alegada es real y personal: en tal caso, está obligado a no devolver a la persona al país de persecución.

Esta norma general constituye un corolario o consecuencia lógica de la norma que impone a todos los Estados la obligación de prevenir las violaciones de los derechos «básicos» o «fundamentales» de toda persona. La determinación de estos derechos básicos, en ausencia de una categorización normativa expresa de los mismos a través de convenciones internacionales de alcance universal, puede realizarse acudiendo a la noción de *estándar mínimo* universal de derechos humanos. Los derechos que integran ese estándar mínimo están protegidos por normas imperativas de Derecho Internacional general, que no admiten acuerdo en contrario y que no pueden ser modificadas sino por otras normas de su misma naturaleza (según la expresión utilizada por el artículo 53 de

---

<sup>9</sup> Cfr. *Declaración sobre el asilo territorial*. AG Res. 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Los derechos que dichas normas protegen son absolutos, es decir, que el interés que protegen prevalece, en caso de colisión, sobre cualquier otro interés que pudiera estar también protegido por otras normas de Derecho Internacional. Por eso mismo se trata de normas protectoras *inderogables*, de modo que los derechos en cuestión no sólo deben ser respetados en tiempo de paz sino también en tiempo de conflicto armado y en cualesquiera otras circunstancias como estados de emergencia u otros en los que la seguridad del Estado se encuentre en peligro<sup>10</sup>.

Los valores esenciales que protegen los derechos humanos del estándar universal son la vida, la libertad, la integridad física y moral y la seguridad jurídica de las personas: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida; el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a otras formas de servidumbre; y el derecho a un proceso debido en que el quepa un recurso efectivo para defender los derechos anteriores. Más en general, el derecho de acceso a un recurso efectivo para defender otros derechos humanos (y no sólo los del estándar mínimo), si bien no está expresamente reconocido por el Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas, sí lo está por el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y por el artículo 75 del protocolo I, adicional a éstas, de 1977 y, desde luego, por el artículo 16 de la propia Convención de Ginebra de 1951.

La Convención de Ginebra de 1951 formula el «principio de no devolución» en su artículo 33<sup>11</sup>. La protección que ofrece a los «refugiados» no es sin embargo absoluta y, por ello, las disposiciones de dicho artículo 33 deben ser interpretadas de conformidad con el sentido «absolutamente protector» que el principio de no devolución ha adquirido en el Derecho Internacional general de los derechos humanos: está prohibido «devolver» (entregar, expulsar, extraditar, rechazar en frontera...) a cualquier persona a un país «de persecución» en donde pueda esperarse razonablemente que sea sometida a ejecución sumaria o extrajudicial, o a tortura o tratos inhumanos.

---

<sup>10</sup> Las cláusulas que establecen la inderogabilidad de estos derechos se encuentran en instrumentos generales: *Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas de 1966* (art. 4); *Convención Europea de derechos humanos de 1950* (art. 15); *Convención Americana de derechos humanos de 1969* (art. 27). Véase también la Observación General núm. 29, hecha por el Comité de derechos humanos al artículo 4 del Pacto (HRI/GEN/1/Rev.7, p. 215).

Para apoyar la vigencia en tiempo de conflicto armado, interno o internacional, del Derecho Internacional «común» de los derechos humanos, que según cierta doctrina sería propio únicamente del «tiempo de paz», baste remitir a las consideraciones del Tribunal Internacional de Justicia en sus Dictámenes sobre la *Licitud de la amenaza o el uso de armas nucleares* (1996) y sobre la *Licitud del muro construido en territorio palestino* (2004), donde se afirma su vigencia en cualquier situación.

Además de lo anterior, en los casos de las violaciones más graves (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra...), todos los Estados tienen el derecho de invocar la responsabilidad internacional del Estado al que los «crímenes» se atribuyan y la obligación cooperar para la terminación de la situación derivada del crimen e impedir que el responsable se beneficie de él. Además, todos los Estados tienen la facultad de establecer su jurisdicción universal para perseguir penalmente a las personas que sean responsables individualmente en Derecho Internacional de dichos «crímenes internacionales».

<sup>11</sup> 33. Prohibición de expulsión y devolución («refoulement»). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país».

Así pues, la vigencia general de la norma que protege el derecho humano absoluto «a no ser devuelto a un país de persecución» y la de la correspondiente norma prohibitiva se fundan en el efecto combinado de las normas absolutamente prohibitivas e inderogables que protegen los derechos del estándar mínimo y ciertamente en disposiciones convencionales específicas, en su caso interpretadas y aplicadas por órganos internacionales judiciales o, más genéricamente, por órganos convencionales de control internacional. Destaca así la prohibición absoluta de no devolución a un «país de tortura» del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura de 1984<sup>12</sup> y la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho protegido por el artículo 3 de la Convención Europea<sup>13</sup>.

## 5. El derecho individual a solicitar refugio y obtenerlo

Los Estados Partes en la Convención de 1951 están obligados a examinar individualizadamente cada solicitud de refugio, si ello es razonablemente posible en las circunstancias de la llegada, que puede ser «en masa», y de la presentación de la petición por el extranjero. Están pues sometidos a la obligación, impuesta por la Convención, de determinar si una persona extranjera que lo solicita tiene el derecho a que se le otorgue el estatuto del refugiado si cumple, y *porque los cumple*, los requisitos establecidos normativamente por la definición del artículo 1.A).

A mi juicio, constituye un principio general del Derecho internacional del asilo y refugio el que establece el derecho de todo solicitante de refugio, de buena fe, a que su solicitud sea examinada por lo menos por un Estado. Ese principio contiene una norma válida *erga omnes*, formulada por la Convención de Ginebra<sup>14</sup>.

Corresponde a los ordenamientos internos establecer los procedimientos y las demás garantías necesarias para proteger tanto el derecho de la persona extranjera a «no ser devuelta» a un país de persecución, cuanto el derecho a que su solicitud de refugio sea examinada por la autoridad interna competente. Por lo general, ambas solicitudes se interponen simultáneamente por cada interesado, aunque puedan coexistir procedimientos internos diferentes para dar solución a una y otra. *In limine*, rechazada la solicitud formal de asilo/refugio, quedará la solicitud de acogida por otros motivos «humanitarios» y en particular el recurso en defensa del derecho a «no ser devuelto».

Por otra parte, interpretando las disposiciones de la Convención de Ginebra de acuerdo con su objeto y fin, lo cierto es que un «perseguido» en el sentido de la

---

<sup>12</sup> Dicho artículo establece: «1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura (...). De entre la jurisprudencia del Comité contra la tortura, bien prolija, véase la decisión en el caso *Agiza c. Suecia* de 24 de mayo de 2005. Comunicación núm. 233/2003 (CAT/C/34/D/233/2003).

<sup>13</sup> Véase un resumen de tal jurisprudencia en BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, 9.<sup>a</sup> ed., París, 2004. Cfr. el art. 22.8 de la Convención americana de derechos humanos.

<sup>14</sup> Por otra parte, para el ámbito específico del asilo y refugio, con carácter complementario de los anteriores y sin necesidad de ser considerados imperativos, se han formado otros principios que han comenzado a inspirar las normas del Derecho de la Unión Europea y que progresivamente parecen integrar también el derecho regional americano de los derechos humanos: los principios de asignación obligatoria a un Estado concreto de la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo presentada ante una autoridad estatal competente, el de determinación específica de las categorías de los jurídicamente excluidos de la protección del asilo-refugio, por lo general los «criminales internacionales», el de la institucionalización de procedimientos para distribuir de modo equitativo entre los Estados miembros las cargas económicas y sociales de la acogida protectora (en caso de flujos masivos de «refugiados»), el que otorga el beneficio de la duda al solicitante de asilo-refugio de buena fe, el de prohibición de sancionar al solicitante de asilo-refugio por haber entrado irregularmente en el Estado donde solicita protección, y el principio de integración progresiva en la sociedad de acogida y de equiparación a los nacionales de los residentes extranjeros de larga duración.

definición de refugiado del artículo 1 tiene derecho a que se le otorgue el refugio frente al Estado obligado a examinar la solicitud. Sin embargo, como se ha indicado, no existen garantías específicas de carácter jurídico internacional que den eficacia a ese derecho cuando sea desconocido por el Estado en cuestión.

## **6. La exclusión de determinadas personas de la protección otorgada por la Convención de Ginebra**

De acuerdo con el artículo 1.F de la Convención de 1951, las disposiciones de ésta no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

«a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la Humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de Naciones Unidas».

De los trabajos preparatorios de la Convención de 1951 se desprende que estas *cláusulas de exclusión* perseguían el objetivo de impedir que el estatuto del refugiado fuera otorgado a criminales que no lo merecían, por la gravedad de sus delitos, evitando así la degradación de propio estatuto y dando garantías simultáneas de respeto al orden jurídico y a la seguridad de los Estados Partes. También perseguían el objetivo de impedir la impunidad que pudiera derivarse para dichos criminales del otorgamiento a ellos del estatuto.

En un contexto de «refugiados en masa» puede ser difícil examinar en concreto la aplicabilidad a individuos determinados, incluidos en tal «masa», de las cláusulas de exclusión. Los Estados Partes, sin embargo, deben hacerlo así de buena fe, en virtud del principio que los obliga a cooperar entre sí para evitar la impunidad de los criminales internacionales.

Ahora bien, todo procedimiento interno de *elegibilidad* debe desarrollarse con garantías reforzadas cuando en él se cuestione la aplicabilidad de las cláusulas de exclusión. Y ello porque la posible exclusión de una persona extranjera de la protección del estatuto por razones de «criminalidad internacional» (la criminalidad interna no es pertinente en este análisis) se basaría en una imputación que, sin haber sido dilucidada de modo previo y formalmente ante un órgano judicial competente, restringiría o podría restringir la titularidad o el goce de derechos humanos básicos. Pero la presunción de inocencia penal forma parte del acervo de garantías de los derechos fundamentales de la persona, por lo que su destrucción no sólo debe basarse en motivos fundados, sino que debe realizarse precisamente dentro de un proceso en el que apliquen las garantías propios del «proceso debido» (artículo 14 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966).

Parece lo más conforme con la naturaleza protectora de derechos humanos de la Convención de Ginebra, en particular de los derechos de solicitar y obtener refugio, que *antes* de decidir si el solicitante queda excluido de la protección por aplicación del artículo 1.F)a) y c) del instrumento de 1951 se determine si cumple los requisitos de la definición de refugiado y de ese modo, en principio, deba quedar protegido por él. Únicamente así se da plena eficacia, en el procedimiento interno de elegibilidad, a los principios generales del Derecho de asilo/refugio, que exigen ser aplicados: excepcionalidad de las normas de exclusión e *in dubio pro homine* (refugiado). Solamente así parece posible cumplir la exigencia de diferenciar de modo neto entre la

«persecución» contraria a los derechos fundamentales, fundamento último del derecho a obtener la protección (habida cuenta de que tal «persecución») puede consistir en un procedimiento penal injusto o arbitrario) y un proceso penal legítimo, iniciado y concluido conforme a Derecho ante los tribunales de un tercer Estado<sup>15</sup>.

Establecida así la *inclusión* del solicitante, a quien se consideraría en principio «merecedor de protección», habrá lugar para establecer si existe un fundamento cierto para su posterior exclusión al concurrir «motivos razonables» de haber cometido tal persona un «crimen internacional». Si esta calificación fuera admitida, habría entonces lugar para iniciar los procedimientos destinados a exigir su posible responsabilidad penal, bien por el Estado «aprehensor» del presunto responsable (particularmente el que estuviera examinando la solicitud de asilo/refugio), bien por un tercer Estado que hubiera reclamado su extradición para enjuiciarlo por tales crímenes internacionales, bien por un tribunal internacional competente que hubiera solicitado su entrega. Sin embargo, cualquier solicitud de entrega por parte de un tercer Estado debe respetar siempre el derecho de toda persona no ser devuelto a un país de persecución, según lo antes señalado.

Por otra parte, la cláusula de exclusión debe hoy ser interpretada en el sentido de que establece una norma que reenvía de modo continuado y permanente, para determinar su propio contenido, al Derecho Internacional actualmente en vigor, como general o como vinculante para los Estados Partes. Así, por «delitos contra la paz» deben entenderse ante todo el «crimen de agresión» incompletamente definido por la Resolución 3314 (1973) de la Asamblea General, y recogido, pero no definido, por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998. Por «delitos de guerra» habría que entender «crímenes de guerra», es decir, violaciones graves del Derecho Humanitario codificadas por las Convenciones de 1949 y sus Protocolos de 1977 (éstos, como se sabe, no aceptados universalmente). A su vez, los «delitos contra la Humanidad» constituyen hoy los «crímenes de lesa humanidad» recogidos por vez primera en el citado Estatuto de modo internacionalmente vinculante. A los anteriores deben añadirse los reos de genocidio, torturas o (en su caso) terrorismo internacional. Añadamos que, por lo menos, esa misma lista de «crímenes internacionales» queda abarcada por la expresión empleada por el artículo 1.F).c) de la Convención de Ginebra: «...actos contrarios a las finalidades y a los principios de Naciones Unidas».

## **7. El estatuto del refugiado en relación con los diferentes sectores normativos del ordenamiento internacional. A) Derecho Internacional de extranjería.**

Una vez la petición de un extranjero «solicitante de asilo/refugio» ha sido admitida a trámite por el Estado receptor de la misma, dicha persona pasa a encontrarse en una situación jurídica especial que, dentro del respeto a sus derechos fundamentales, los Estados regulan con gran libertad, incluso manteniendo a tales extranjeros en centros de internamiento en los que la estancia puede a veces ser muy prolongada. Como quiera que sea, las disposiciones de la Convención de Ginebra no se ocupan de esa situación particular, sino, lógicamente, de regular la condición del extranjero que haya sido «elegido» y pase a ser considerado «refugiado» en el sentido formal de la Convención

---

<sup>15</sup> Otros principios generales del Derecho Internacional de los derechos humanos son así mismo relevantes para estas breves consideraciones: el principio de protección de datos personales, el de protección del interés superior del niño y el de protección de la unidad familiar. Aplicando este último, no cabe descartar la protección del derecho a la reagrupación familiar dentro de un proceso de elegibilidad desarrollado en varias fases, en el que se discutiera la aplicación al solicitante principal de alguna *cláusula de exclusión*.

de 1951. En ese sentido, ésta constituye la *Ley especial* cuyo contenido protector tiene que ser completado y confrontado con la protección de normas pertenecientes a otros ámbitos del Derecho Internacional.

Así, el artículo 26 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 puede ser relevante en casos determinados, puesto que establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley<sup>16</sup>. Ahora bien, dejando a un lado las normas del estándar mínimo, lo cierto es que las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos no afrontan muchas de las preocupaciones legítimas de los refugiados particularmente porque, en muchos sentidos, la protección de los derechos económicos sociales y culturales se establece como simplemente progresiva o programática o porque la diferenciación entre el régimen aplicable a los extranjeros y a los nacionales se considera legítima si es «razonable». En cualquier caso, el principio de no discriminación está también formulado por el artículo 3 del instrumento de Ginebra, según el cual éste debe ser aplicado sin discriminación respecto a y entre los propios refugiados «por motivos de raza, religión o país de origen».

En el ámbito del Derecho de extranjería es bien conocida la gran libertad de acción de los Estados en relación con la admisión o no de extranjeros en su territorio y la devolución o expulsión de los mismos.

Así, la política de adopción de acuerdos internacionales de «readmisión» de extranjeros que han entrado o se encuentran «irregularmente» en su territorio es seguida por diferentes Estados como solución principal al problema de regulación de flujos migratorios, laborales o no laborales, basándose en la consideración de que la defensa de la seguridad es el valor principal en toda esta materia. Sin embargo, su aplicación ciega y automática conlleva inevitablemente el desconocimiento del derecho a solicitar asilo/refugio: lo que podría parecer lícito en el derecho de extranjería es contrario a los principios en materia de asilo y refugio.

Y por lo que se refiere a la expulsión de extranjeros, quizá el único principio general (que es razonable considerar ya como imperativo) es el que prohíbe las expulsiones colectivas, prácticamente discriminatorias por su propia naturaleza. La coactividad del retorno es sólo admisible si la decisión es adoptada de modo individualizado, conforme a Derecho, y no hay tortura ni tratos inhumanos en la expulsión.

Y, según lo ya indicado, en cuanto al trato que dar a los extranjeros, en general el Derecho internacional general no prohíbe la distinción de su régimen respecto al de los nacionales en lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de *derechos políticos*, aunque la equidad aplicada internacionalmente (preludio de la norma positiva en formación) comienza a exigir internacionalmente que a los residentes de larga duración se les reconozca el derecho a elegir y a ser elegidos para cargos públicos, particularmente los de carácter local<sup>17</sup>.

Otra diferenciación no discriminatoria, admitida por el Derecho general en lo referente al trato a extranjero, por comparación con el tratamiento dado a los propios nacionales, se refiere al ejercicio del derecho individual de *libre circulación*.

## **8. B) Derecho Internacional de las migraciones**

---

<sup>16</sup> El margen de acción que el Comité de derechos humanos reconoce a los Estados para establecer «razonables» diferenciaciones en el trato de grupos no nacionales puede no obstante constituir una incertidumbre que priva de la eficacia de los estándares de no discriminación de la plenitud de su eficacia.

<sup>17</sup> Cfr. en general la *Declaración de derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*. AG Res. 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

Si bien un «refugiado» no es un «trabajador migrante», las normas protectoras de los derechos humanos de éstos muestran una tendencia que pudiera resultar beneficiosa para el trato a los solicitantes de asilo o refugio. Un migrante laboral es una persona que pretende ejercer su derecho de libre circulación por encima de fronteras internacionales para buscar trabajo y establecer consecuentemente su residencia permanente en el territorio de otro Estado, eventualmente atrayendo a los miembros de su familia a la nueva vida en común.

Ante nuestros ojos se están formando principios y normas de *Derecho Internacional de las migraciones*. En una migración laboral internacional (dejando aquí al margen las consideraciones relativas al desplazamiento puramente interior, realizado dentro de un solo Estado) no se trata pues *en sentido estricto* de la búsqueda de acogida protectora en otro Estado por razones de persecución u otras estrictamente humanitarias, derivadas de la extrema necesidad de la supervivencia inmediata. El migrante busca trabajo y desarrollo humano: calidad de vida y realización personal. Sin embargo, las razones humanitarias pueden estar presentes y provocar la relevancia para los acontecimientos migratorios de las normas pertenecientes al ámbito del asilo y refugio. Sólo la mayor atención a los fenómenos de *persecución* puede permitir la adecuada protección humanitaria de los migrantes y la aplicación puntual de la Convención de Ginebra a la protección de sus derechos.

Quizá el apoyo jurídico internacional más universal para la afirmación de un derecho humano universal de libre circulación y adquisición de residencia en un Estado *de llegada* venga constituido por el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dejando de lado las limitaciones que en la práctica establecen los Estados de origen a libre circulación de sus nacionales por razones legítimas: incapacidad, sanción penal, situaciones de emergencia; y las limitaciones establecidas por razones análogas por los Estados de llegada: protección del orden público y de la salud y seguridad públicas, la práctica internacional muestra que, con carácter general, los Estados se reservan la decisión soberana de admitir mano de obra extranjera según criterios que estiman determinables sobre la base de sus intereses soberanos.

Lo cierto es que dentro de ese sector jurídico internacional en formación solamente existe un instrumento potencialmente universal: la Convención de 1990 sobre *la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias*. Al margen incluso de que al ser un tratado internacional constituya Derecho internacional particular, ningún Estado desarrollado («receptor de trabajadores migrantes») lo ha ratificado hasta el momento; en particular ningún Estado miembro de la Unión Europea..

Dicha convención *no establece* para los trabajadores migrantes (y ciertos grupos vulnerables vinculados con ellos) nuevos derechos que no se hallen ya formulados por otros instrumentos o normas generales de Derecho Internacional de protección de derechos humanos o de los extranjeros. Establece incluso para los Estados Partes, por medio de su artículo 35, la exigencia de combatir las migraciones *ilegales*. Pero, por otra parte, y esto es quizá lo más relevante, considera trabajador migrante a cualquier persona que (*documentada* o en *situación irregular*) vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional: el trabajador migrante queda colocado en un estatuto jurídico que protege sus derechos, incluso si es un trabajador «indocumentado» o «irregular», equiparando en amplia medida su protección a la de los trabajadores extranjeros documentados y, por ello, a los trabajadores nacionales del país de llegada.

Aun reafirmando la particularidad de este sector normativo en vías de expansión, lo cierto es que difícilmente puede afirmarse la vigencia de alguna norma general de Derecho Internacional que reconozca el derecho humano individual a migrar internacionalmente en busca de trabajo y a establecer la residencia en un Estado de propia elección, diferente del de la propia nacionalidad o de aquel en el que uno haya adquirido su residencia permanente.

A mi juicio, formulado como está de forma oscura, el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no ha penetrado aún en la práctica jurídica internacional universal. Sin embargo, por necesidad o por afán legítimo de «desarrollo humano», el fenómeno de las migraciones «laborales» ha adquirido caracteres de universalidad y la Comunidad Internacional así lo está reconociendo a través de acciones multilaterales de alcance universal dirigidas al debate, recomendación, programación e incluso formación de normas, realizadas por medio de Organismos internacionales o conferencias interestatales (Recomendaciones de la Conferencia de Durban, Convenio 143 de la OIT y Proyecto marco multilateral sobre migraciones laborales; Relatoría de Naciones Unidas sobre derechos humanos de los migrantes...).

En ausencia del reconocimiento general de un derecho humano a emigrar para buscar un trabajo digno y establecer la propia residencia en un Estado de llegada, el sector de las migraciones laborales se regula por medio de las normas generales sobre derechos humanos y de extranjería, por las normas convencionales (multilaterales o bilaterales) sobre migraciones laborales, por actos particulares de Organizaciones Internacionales y por la Leyes internas dictadas unilateralmente cuyo alcance sigue siendo enormemente amplio en la medida en que la libertad de acción del Estado se encuentra limitada en la materia por escasos principios y normas generales.

Ahora bien, más allá del otorgamiento a un extranjero o grupo de extranjeros de refugio en sentido formal, en un contexto de otorgamiento de otras formas de acogida protectora, las normas que protegen derechos humanos de trabajadores «no regularizados» pueden servir como elemento de refuerzo protector en favor de quienes quieran acogerse a una «protección subsidiaria» o a otra forma de «protección humanitaria».

### **9. C) Derecho Internacional del desarrollo**

En el marco de tendencias profundas (y contradictorias) de cambio del ordenamiento internacional contemporáneo, muy lentamente se afirma el derecho de los pueblos y de las personas al desarrollo. En su dimensión individual la protección y realización de ese derecho abarca todos los demás derechos humanos, necesarios para la progresiva realización personal, incluyendo entonces el derecho a un trabajo equitativamente remunerado. Desde la formulación escrita del correspondiente consenso de la Comunidad Internacional, por medio de la Declaración adoptada por la Conferencia de Viena de 1993, el conjunto de los Estados admite que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y universales.

Quizá la gran mayoría de los derechos económicos y sociales no son todavía objeto de reconocimiento por normas imperativas de derecho internacional general: tampoco el derecho a un puesto de trabajo debidamente remunerado. La satisfacción de ese derecho no puede exigirse (individualmente) a cualquier Estado, como sí puede serlo por ejemplo el derecho a no ser sometido a tortura.

Ahora bien, la Comunidad Internacional ha formulado la exigencia del desarrollo de acuerdo con dos principios básicos. En primer lugar el desarrollo debe ser

«sostenible», es decir, debe respetar los equilibrios ecológicos básicos (Declaración de Río de Janeiro de 1992). En segundo lugar, el desarrollo debe respetar, proteger y promover todos los derechos humanos (Res. 41/128 A. G. de 4- de diciembre de 1986 sobre el derecho al desarrollo). Y en sus últimas formulaciones estratégicas sobre la *Gobernanza mundial* ha vinculado el logro de los grandes objetivos de seguridad, desarrollo y respeto a los derechos humanos con el respeto progresivo universal de los valores de la democracia y del Estado de Derecho. Sin embargo, en un terreno de «Derecho suave» o *Soft Law* internacional como es en el que ahora nos encontramos, no es discernible la formación de principios generales *imperativos* de Derecho internacional, ni siquiera unos que sean pertinentes para la satisfacción de las necesidades básicas, salvo que estén vinculados con el núcleo esencial de la protección del derecho a la vida (que incluye la protección del derecho a la protección de la salud frente a peligros extremos), el derecho a una alimentación suficiente y al agua potable, a la vivienda adecuada, a la atención sanitaria básica y al acceso a la educación: menos aún un principio o norma que protegiera de modo imperativo el derecho a la satisfacción de la última de las necesidades: la constituida por el acceso a un puesto de trabajo dignamente remunerado.

La autonomía de las estructuras y principios socioeconómicos que guían la acción de los actores (estatales u otros) en el Mercado mundial es tal que lo convierte (por el momento) en política y jurídicamente impermeable a la penetración en ellas de normas generales (incluso imperativas) protectoras de derechos humanos, que pese a todo deben respetarse en el marco de cualesquiera decisiones de relevancia económica adoptadas para regular el sector del comercio, la circulación de capitales, las inversiones y las *migraciones laborales*.

Así, todos los principios y normas jurídicos internacionales relativos a la cooperación para el desarrollo carecen todavía de carácter imperativo y con toda seguridad de carácter general. En todo caso, en la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones internacionales imperativas de respetar los derechos humanos civiles básicos (y los derechos económicos y sociales vinculados con ellos) pueden enunciarse también obligaciones de cooperación internacional entre países originarios y destinatarios de los flujos migratorios laborales.

En ese contexto puede afirmarse que los Estados desarrollados receptores de mano de obra de los países subdesarrollados están política, moral y jurídicamente obligados a negociar y celebrar tratados internacionales de ordenación de esos flujos migratorios que equilibren el respeto a sus intereses de ordenación del mercado laboral con las exigencias del desarrollo de los países de origen. Aquí se encuentra el punto central de contacto entre el derecho al desarrollo, el derecho a emigrar en busca de una vida digna y, en general, la exigencia de que sean respetados los derechos humanos fundamentales, incluidos los de los «refugiados» y, de otro modo, de los «necesitados de protección internacional». Estos últimos no son universal y verdaderamente respetados cuando existe una negativa estatal a regular internacionalmente el flujo de la migración laboral dentro de un contexto que se oriente al logro del desarrollo del país de origen de los migrantes.

## **10. El estatuto del refugiado en la Convención de Ginebra de 1951**

Teniendo en cuenta lo dicho, el estatuto del «refugiado» se caracteriza, en el marco de la *Lex specialis* de Ginebra/Nueva York, por la atribución a aquél de derechos cuya titularidad y goce se gradúan por dos vías. Por un lado, de acuerdo con la mayor o menor vinculación del refugiado con el Estado de acogida: encontrarse simplemente

bajo la jurisdicción o en el territorio de soberanía del Estado (regular o irregularmente) o residir permanentemente en éste. Por otro, en función de su equiparación a otros grupos: los extranjeros, en general, los nacionales del Estado extranjero más favorecido o los nacionales del Estado de acogida.

Respecto a la primera vía cabe decir en particular que un Estado que ejerce un control efectivo *de facto* sobre un territorio o lugar, aunque no esté jurídicamente bajo su soberanía, entonces debe aplicar en él, con carácter general, los principios de no discriminación y de *non refoulement* relevantes sobre todo para la salvaguardia de los derechos de cualquier «perseguido» que solicite protección humanitaria, asilo o refugio en sentido estricto. Vale tal afirmación, *mutatis mutandis*, en tiempo de paz y en tiempo de conflicto armado.

Además de esa protección, todos los refugiados que simplemente «estén» en el territorio del Estado Parte en la Convención de Ginebra son titulares de ciertos derechos que deben ser siempre protegidos: transferencia de haberes a un país donde hayan sido admitidos aun reasentamiento (art. 30.1); la libertad religiosa (artículo 4), ámbito en el que recibirán un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a los propios nacionales; negocios jurídicos sobre bienes muebles e inmuebles: se les deberá dar el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros (art. 13); libre acceso a los tribunales de justicia (art. 16.1); derecho a un documento de identidad (art. 27); exención de gravámenes fiscales en igualdad con los nacionales (art. 29.1); y enseñanza elemental, respecto de cuyo goce serán tratados igual que los nacionales (art. 22.1). Incluso si los «refugiados» están ilegalmente en el territorio del Estado, tienen derecho a que no se les impongan sanciones penales por su entrada o presencia ilegales si se presentan sin demora a las autoridades y alegan causa justificada de la entrada ilegal (art. 31.1).

A los refugiados que se encuentren «legalmente» en el territorio del Estado de acogida se les concederá el derecho a documentos de viaje (art. 28) y la libertad de circulación (art. 26) en las mismas circunstancias que a los extranjeros en general; también, en materia de empleo remunerado, se les dará el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a extranjeros (art. 17); en materia de trabajo por cuenta propia, profesiones liberales y vivienda, el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en las mismas circunstancias (art. 18, 19 y 21). En materia de asistencia pública, legislación de trabajo y seguros sociales, se les dará el mismo trato que a los nacionales (art. 23 y 24.1). Finalmente tienen derecho a no ser expulsados sino por razones de seguridad nacional u orden público (art. 32.1).

A los refugiados «que residan habitualmente» se les reconocen los derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), en igualdad con los nacionales; el derecho de asociación (art. 15) según el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero; el acceso a los tribunales incluyendo la asistencia judicial y la exención de la caución *judicatum solvi* (en esta materia, en países que no sean de residencia habitual recibirá el mismo trato que un nacional del país de residencia), en igualdad de trato con los nacionales (art. 16.2 y 3).

En otros casos se recomienda a los Estados Partes la concesión a los refugiados de ciertos «beneficios» (art. 7.4; 17.3, 24.4, y 34).

La cláusula residual, en el caso de que no se prevea un trato más favorable, es la del trato otorgado a los extranjeros en general (art. 7.1) con exención de reciprocidad a partir del tercer año de residencia.

El estatuto del refugiado, en efecto, se puede perder (es decir, la Convención deja de ser aplicable a la persona en cuestión) cuando, en primer lugar, «el refugiado»

realiza determinadas conductas que demuestran que ha restablecido sus vínculos «normales» con el Estado de su nacionalidad o residencia habitual. Pero, en segundo lugar, también cuando la persona no puede seguir negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad (o de residencia habitual) por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales hubiera sido reconocida como refugiada [art. 1.C).5 y 6]. En este caso, sin embargo, la persona refugiada puede defender el goce de su estatuto alegando «razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores».

Finalmente, cabe destacar que existe una tendencia a reconocer el derecho del Estado que haya otorgado el refugio a ejercer la protección diplomática del refugiado. Sin embargo, tal y como se desprende de los trabajos codificadores de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, al afirmar ese «derecho» nos encontramos todavía en una situación de *soft law* o de *lege ferenda*.

#### BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

FELLER, E., TÜRK, V., y NICHOLSON, F. (eds.), *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, 2003.

GOODWIN-GILL, G., *The refugee in International Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2006.

HATHAWAY, J. C., *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo», en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Edición de F. M. Mariño, Madrid, 2002, pp. 463-483.

---

\* *Director del Instituto Universitario «Francisco de Vitoria», Universidad Carlos III de Madrid. (El trabajo ha sido publicado en el Volumen Colectivo “Inmigración, Estado y Derecho”. Manuel Balado Ruiz-Gallegos (Director). Editorial Bosch e Institut International des Sciences Politiques. Barcelona 2008, pp. 711-730).*